

CONCEPTO - Edad de retiro forzoso. Aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los trabajadores del Banco de la República señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992 / BANCO DE LA REPÚBLICA – Régimen legal propio y especial

De esta manera, debe recordarse que según el artículo 371 de la Constitución Política (CP), el Banco de la República ejerce las funciones de banca central y está organizado como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. [...] Como puede deducirse, por expreso mandato constitucional el Banco tiene naturaleza única y especial, que determina la existencia de un régimen legal propio y también especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica. [...] La exclusividad del régimen legal propio del Banco explica porqué a esta entidad no le será aplicable el régimen previsto para la Rama Ejecutiva del poder público, en particular, el de sus entidades descentralizadas, determinado principalmente por los Decretos Leyes 1050, 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968, 128 y 130 de 1976 y la Ley 80 de 1993, o por aquellas normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, salvo las excepciones previstas en la Ley 31 de 1992 [...].

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 371 / DECRETO LEY 1050 DE 1968 / DECRETO LEY 2400 DE 1968 / DECRETO LEY 3074 DE 1968 / DECRETO LEY 3130 DE 1968 / DECRETO LEY 3135 DE 1968 / DECRETO LEY 130 DE 1976 / LEY 80 DE 1993

NOTA DE RELATORÍA: La decisión expone los conceptos que ha emitido la Sala de Consulta y Servicio Civil respecto de la Ley 1821 de 2016

BANCO DE LA REPÚBLICA – Organismo constitucional autónomo

Por ello, en la arquitectura del Estado colombiano, el Banco es de aquellas entidades autónomas a las que se refiere el artículo 113 CP, cuando señala que además de los órganos del Estado que integran las diferentes ramas del poder público, «existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado». Al respecto la Sala ha indicado que los organismos constitucionales autónomos como el Banco «no forman parte de ninguna de las ramas del poder público y por tanto no se les aplica la normatividad general propia de las entidades públicas típicas, sin perjuicio de que el legislador, de manera expresa así lo pueda disponer en materias específicas, siempre que no se comprometa la autonomía constitucional propia de los mismos, lo que, en principio, implica sustraerlos de las normas ordinarias».

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 113

EMPLEADOS DEL BANCO DE LA REPÚBLICA – Naturaleza

Se evidencia que en las normas especiales referidas a la organización del Banco, el Legislador previó en un régimen igualmente especial para personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias de esa entidad, denominados por la ley como «empleados del Banco», los cuales clasifica en dos categorías: i) la generalidad de los trabajadores se encuentra sometido a las normas laborales entre particulares y, ii) los «funcionarios públicos de banca central», cuya forma de vinculación es de «índole administrativa». [...] a. Naturaleza de quienes prestan sus servicios al Banco: Las personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias

del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las normas y contratos vigentes, tienen la naturaleza de empleados del Banco;

EMPLEADOS DEL BANCO DE LA REPÚBLICA – Clasificación

Corresponden a dos categorías claramente identificadas: i) Funcionarios públicos de banca central, en el caso de los miembros de la Junta Directiva del Banco -5 de dedicación exclusiva y el Gerente General-, con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuya forma de vinculación es de «índole administrativa», y ii) los demás trabajadores del Banco, es decir, la generalidad de sus empleados, sujetos al régimen que se expone a continuación.

EMPLEADOS DEL BANCO DE LA REPÚBLICA – Régimen jurídico

En razón a que la consulta está referida a lo que la Ley 31 de 1992 y los estatutos del Banco catalogan como «demás trabajadores del Banco», es preciso señalar que estos se someterán al régimen legal propio de esa entidad, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo y la convención Colectiva, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial del Banco. Es preciso recordar que los contratos que el Banco celebre, incluidos los de trabajo, se someterán a las normas del derecho privado, por expreso mandato de los artículos 3 y 52 de la Ley 31 de 1992 y 3 y 68 de los estatutos. En consecuencia, a la generalidad de los trabajadores del Banco a los que se refiere el literal b) de los artículos 38 de la Ley 31 y 46 de los Estatutos, no les son aplicables las normas que regulan las relaciones laborales del Estado con sus «demás servidores», según el claro mandato del artículo 48 de los estatutos del Banco, en concordancia con el artículo 3 ibidem, puesto que, se insiste, todas las relaciones jurídicas derivadas del contrato de trabajo se determinarán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo en tanto no contradigan las normas especiales de la Ley 31 de 1992, los Estatutos, el Reglamento Interno de Trabajo y la Convención Colectiva. De allí se deduce que se trata de unos trabajadores con categoría especial sometidos a un régimen jurídico especial que los excluye del general aplicable a los demás servidores del Estado. Esta interpretación es concordante con lo establecido en el artículo 123 CP que define a los servidores públicos, entre otros, como aquellos que tienen una relación de subordinación laboral como «empleados y trabajadores del Estado», de lo cual se sigue que los trabajadores del Banco son «servidores públicos» bajo la categoría genérica prevista en esa norma, pero sometidos al régimen jurídico especial previsto en el régimen legal propio que la misma constitución autoriza para el Banco. Ello explica que los trabajadores del Banco estén excluidos del régimen laboral general aplicable a los demás servidores del Estado, por expreso mandato del artículo 372 CP, que le permite determinar al Banco la forma de su organización, entre ella, los aspectos laborales con sus trabajadores, a quienes somete a un régimen laboral especial desarrollado por la Ley 31 de 1992 y los estatutos del Banco, conforme se ha explicado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 372 / LEY 31 DE 1992 / DECRETO 2520 DE 1993

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la revisión de constitucionalidad del literal b) del artículo 38, y literal f) del artículo 27 de la Ley 31 de 1992, ver: Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1994

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen laboral aplicable a los servidores públicos del Banco de la República, ver: Corte Constitucional, sentencia C-341 de 1996

EMPLEADOS DEL BANCO DE LA REPÚBLICA / EDAD DE RETIRO FORZOSO

En consecuencia, la generalidad de los trabajadores del Banco señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, en concordancia con sus estatutos, continuarán sometidos al régimen legal propio de esa entidad, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo, a la Convención Colectiva, y a las previstas en el régimen general de seguridad social, incluidas las relativas a la pensión de vejez, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial. Y dado que ese régimen jurídico especial no contempla una edad de retiro forzoso, ni tampoco es aplicable a dichos trabajadores la Ley 1821 de 2016, estos no pueden acogerse a la opción que estableció el artículo 2 ibidem, en el sentido de permitirles permanecer en sus cargos hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, a pesar de haber alcanzado ya los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez. Por tal razón, en dichos casos, el empleador (el Banco) puede hacer uso de la facultad que le concede el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consistente en solicitar la pensión de jubilación, en nombre del trabajador que haya cumplido los requisitos para su reconocimiento, y, posteriormente, dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, siempre y cuando se haya notificado el acto de reconocimiento pensional e incluido en nómina de pensionados al beneficiario.

FUENTE FORMAL: LEY 31 DE 1992 – ARTÍCULO 38 LITERAL B / LEY 1821 DE 2016 – ARTÍCULO 2 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 33 PARÁGRAFO 3 / LEY 797 DE 2003 – ARTÍCULO 9

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la revisión de constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 1821 de 2016, ver: Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2020

EDAD DE RETIRO FORZOSO – Ley 1821 de 2016 / TRABAJADORES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA – Literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992

La Ley 1821 de 2016 no es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a los que se refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992. Estos trabajadores continuarán sometidos al régimen legal propio del Banco, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial, el cual no establece una edad de retiro forzoso.

FUENTE FORMAL: LEY 31 DE 1992 – ARTÍCULO 38 LITERAL B / LEY 1821 DE 2016

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2021-00052-00(2466)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: Edad de retiro forzoso. Aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los trabajadores del Banco de la República señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público formula una consulta a la Sala referente a la aplicación de la Ley 1821 de 2016, sobre edad de retiro forzoso, a los trabajadores del Banco de la República señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992.

I. ANTECEDENTES

En primer lugar, se alude a la naturaleza y régimen jurídico del Banco de la República previsto en los artículos 371 a 373 de la Constitución Política (CP), la Ley 31 de 1992 y sus estatutos contenidos en el Decreto 2520 de 1993.

Bajo el anterior contexto, sostiene que por expresa disposición del literal b) del artículo 38 de la Ley 31, las relaciones laborales del Banco con sus trabajadores, incluida su vinculación o desvinculación, se rige por contratos de trabajo conforme al Código Sustantivo del Trabajo, es decir, por instrumentos jurídicos que regulan dicha relación entre los particulares. En este sentido agrega que la pensión de jubilación para los trabajadores del Banco está prevista en las normas generales del sistema de seguridad social -Ley 100 de 1993 y aquellas que la han modificado-, salvo para aquellos que causaron su derecho pensional antes del 31 de julio de 2010, tal y como fue establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Ahora, respecto del ministro de Hacienda y Crédito Público y demás miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, se afirma que su vinculación laboral está regulada por las normas de derecho público.

La consulta discurre, en segundo lugar, sobre el ámbito de aplicación de la Ley 1821 de 2016, que según su texto corresponde a las «personas que cumplen funciones públicas». Agrega que la Corte Constitucional en la Sentencia C-426 de 2020 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 1 de esa ley, en el sentido de que la edad de retiro forzoso allí prevista no es aplicable a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, pues desconoce su autonomía y régimen legal propio.

Advierte que si bien la presente consulta no está referida a dichos empleados públicos, en todo caso sirve de contexto para interpretar lo que acontece frente a los trabajadores del Banco previstos en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 y la aplicación a estos de la Ley 1821 de 2016.

En este sentido considera que si la Ley 1821 parte del supuesto de que su aplicación se da respecto de las «personas que cumplen funciones públicas», entonces esa disposición legal no resulta vinculante para la generalidad de los trabajadores del Banco, pues estos no cumplen funciones públicas ni se rigen por las normas que

regulan la «función pública» previstas en la Ley 909 de 2004, sino que su vínculo laboral se rige por las disposiciones que regulan las relaciones laborales entre los particulares, normas en las que no existe una edad de retiro forzoso.

Expuesto el anterior marco jurídico manifiesta que la duda que motiva la consulta se fundamenta en lo dicho por la Sala en el Concepto 2405 de 2019, en el que al referirse al ámbito de aplicación de la Ley 1821 se utilizó el término «servidores públicos», categoría más amplia que la utilizada en esa ley bajo la locución personas que «ejercen función pública».

Concluye indicando que algunos trabajadores del Banco de la República han manifestado por escrito su intención de acogerse a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1821, en el sentido de permanecer vinculados a la entidad hasta la edad de 70 años, lo que impediría al Banco ejercer la facultad prevista en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 100 de 1993, consistente en solicitar la pensión de jubilación en nombre del trabajador que ha cumplido los requisitos para su reconocimiento, lo cual trae como consecuencia la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

II. PREGUNTAS

Con base en lo expuesto, el ministro de Hacienda y Crédito Público formula la siguiente pregunta:

1. *«¿La Ley 1821 de 2016, ‘Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas’ es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a que refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992?»*

III. CONSIDERACIONES

1. Aclaración previa

El ministerio consultante afirma que la duda que motiva la consulta frente a los trabajadores del Banco de la República (en adelante, el Banco) a los que refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, se origina en lo dicho por la Sala en el Concepto 2405 de 2019, en el que al referirse al ámbito de aplicación de la Ley 1821 de 2016 utilizó el término «servidores públicos», lo que, en criterio del ministerio, resulta ser una categoría más amplia que la de personas que «ejercen función pública», locución empleada por la Ley 1821.

De esta manera, dado que la Sala ha emitido varios conceptos sobre la mencionada ley, se estima pertinente revisar si en alguno de estos se ha analizado la aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los trabajadores del Banco señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992.

1.1. Conceptos de la Sala respecto de la Ley 1821 de 2016

a) Concepto 2326 del 8 de febrero de 2017

Se resolvió una consulta elevada por el ministerio de Justicia y del Derecho, en el que se indagaba sobre aspectos generales de dicha ley, y otros particulares relacionados con su aplicación a los notarios. Para el efecto, la Sala abordó los siguientes temas: «(i) La regulación del retiro forzoso por la edad en Colombia; (ii)

la Ley 1821 de 2016: antecedentes; (iii) interpretación del segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821: personas excluidas de su aplicación; (iv) interpretación de los artículos 2º y 4º de la misma ley: situación de los servidores públicos que cumplieron 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, e irretroactividad de la ley, y (v) consideraciones adicionales en relación con los notarios».

Sobre el particular, es relevante recordar que la Sala afirmó, luego de hacer un recuento de las disposiciones que han regulado la causal de retiro forzoso por edad, que los artículos 3, 41 y 55 de la Ley 909 de 2004¹ extendieron dicha causal, contenida en el Decreto Ley 2400 de 1968, a una gama amplia de servidores públicos de todas las ramas del poder público, de organismos de control y de órganos autónomos. Ahora, en el concepto no se aludió a que tal causal se extendiera al Banco de la República, por la simple pero poderosa razón que el artículo 3 de la Ley 909 no incluye en su campo de aplicación a esa entidad ni la relación laboral que el Banco sostiene con sus trabajadores.

En cuanto a los antecedentes que dieron origen a la Ley 1821 de 2016, relató la Sala que es la culminación de una serie de propuestas e iniciativas legislativas que, desde hace varios años, buscaban aumentar la edad de retiro forzoso, inspiradas en que las expectativas de vida de los colombianos, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres, han aumentado dramáticamente desde 1968, cuando se estableció en 65 años dicha edad en el Decreto Ley 2400 de ese año.

Posteriormente, la Sala realizó la interpretación de la Ley 1821, y en relación con su artículo 1 sostuvo: «la única conclusión que, a juicio de la Sala, resulta fiel a los antecedentes de la norma (interpretación histórica), a la finalidad perseguida con la Ley 1821 de 2016 (interpretación teleológica), a las otras partes de la misma ley, empezando por el artículo 1º en su integridad (interpretación sistemática), y a la jurisprudencia constitucional sobre este tema (interpretación constitucional), es que el citado inciso eximió de la causal de retiro forzoso por edad (la de 70 años o cualquier otra) a los servidores públicos de elección popular y a aquellos que señala el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, es decir, quienes ocupen los cargos de *'Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados'* de estos funcionarios». (Paréntesis y cursivas textuales).

Respecto de la interpretación al artículo 2, la Sala arribó a las siguientes conclusiones:

En este sentido, la “*opción voluntaria de permanecer en el cargo*”, a que se refiere el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto.

¹ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

Las consideraciones anteriores permiten entender claramente que el artículo 2º de la Ley 1821 se reduce a establecer dos reglas de derecho, a saber:

- (i) Que dicha ley no modifica los requisitos previstos en las normas vigentes para adquirir el derecho a la pensión de jubilación; y
- (ii) Que las personas que ejerzan funciones públicas no están obligadas, a partir de la vigencia de la citada ley, a retirarse de sus cargos al cumplir los requisitos para pensionarse, sino que pueden seguir ejerciendo sus funciones hasta cumplir la edad de retiro forzoso (70 años).

Así entendida la norma, se aprecia con claridad que la misma no se refiere de ninguna forma y en ningún sentido (favorable o desfavorable) a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior (65 años) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 y que, por cualquier motivo, sigan ejerciendo funciones públicas.

Es necesario recordar que actualmente la edad exigida por la ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación no es de 65 años, sino de 62 para los hombres y de 57 para las mujeres, tal como lo disponen los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993, modificado el primero de ellos por la Ley 797 de 2003. En consecuencia, de la opción que consagra el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 disponen los hombres y las mujeres que ejerzan funciones públicas y que lleguen a la edad de 62 años (para los primeros) o de 57 (para las segundas), siempre que en ambos casos hayan completado también las semanas de cotización o el tiempo de servicios exigido por el artículo 33 de la Ley 100 (hoy en día 1.300 semanas). (Cursivas, subrayado y paréntesis textuales).

La argumentación transcrita guarda nexo inescindible con la pregunta 2 de la consulta y su correspondiente respuesta, que por resultar relevante para el presente concepto se transcribe:

2. En los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos las personas que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años, pero a esa fecha (ii) no se les había definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?

Dado que la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2º de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos, pero que continúan, por cualquier motivo, en el ejercicio de funciones públicas, independientemente de que su situación laboral o administrativa haya sido declarada (no constituida) o no mediante un acto administrativo en firme.

Dichas personas deben retirarse efectivamente de sus cargos y/o cesar en el ejercicio de las funciones públicas dentro del plazo y en las condiciones que establecían (o establecen) las normas legales y reglamentarias anteriores a la Ley 1821 que les sean aplicables, sin desconocer, en todo caso, lo previsto en la jurisprudencia constitucional para amparar los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales. (Se subraya).

Como puede apreciarse, de las transcripciones realizadas que resultan relevantes para el presente concepto, la Sala fijó el ámbito de aplicación de la Ley 1821

respecto de las personas que *desempeñen funciones públicas*, situación que en modo alguno puede generar ambigüedad.

En consecuencia, resulta evidente que en el concepto la Sala no se refirió a los trabajadores del Banco de la República catalogados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, pues los criterios expuestos aludían a la interpretación histórica de la Ley 1821 de 2016, a la finalidad perseguida con esta (interpretación teleológica), a su texto integral (interpretación sistemática), y a la jurisprudencia constitucional sobre este tema (interpretación constitucional), sin que la consulta formulada planteara la interpretación del *régimen legal propio* del Banco frente a la Ley 1821.

b) Concepto 2328 del 15 de agosto de 2017

Por solicitud de la Ministra de Educación Nacional la Sala rindió su concepto sobre la edad de retiro forzoso para el personal docente que labora en instituciones educativas oficiales, tanto en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, como en las universidades públicas, a raíz de la expedición de la Ley 1821 de 2016.

En primer término, la Sala reiteró lo dicho en el Concepto 2326 de 2017, en particular la interpretación sobre el artículo 2 que se transcribió en precedencia.

Posteriormente, aludió a los docentes oficiales en su naturaleza de servidores públicos al tenor del artículo 123 CP, y afirmó que al «tener la condición de servidores públicos, los docentes oficiales cumplen indudablemente funciones públicas o, para expresarlo con mayor precisión, ejercen *'la función pública'*».

Así las cosas, la Sala llegó a la conclusión de que la Ley 1821 se aplica, de manera general, a todos los docentes del Estado, pero a reglón seguido precisa que ello «no significa que lo dispuesto en tal normatividad se aplique a todos los educadores oficiales por igual, o dicho de otra manera, en la misma medida y de la misma forma, pues, como se verá en los acápites siguientes, no existe un solo cuerpo legal que regule la relación de tales servidores públicos con el Estado, sino **varios regímenes** que se encuentran vigentes, dependiendo del tipo de establecimiento o institución en la cual cumplan sus labores, del grado o nivel de enseñanza en el cual se desempeñan y de la época en la cual se vincularon al servicio, entre otros factores. Tales **regímenes** contienen **normas especiales** y, en algunos casos, sustancialmente distintas, en lo referente a la permanencia y al retiro de los docentes y, en particular, a la cesación de sus funciones por la edad, de lo cual se colige **que la Ley 1821 de 2016 no modificó** tales disposiciones de la misma manera y, por lo tanto, que las conclusiones que puedan extraerse sobre la aplicación de la citada ley no son necesariamente iguales para los diferentes grupos de profesores oficiales». (Subrayado textual. Énfasis añadido).

Como puede verse el Concepto 2328 no aludió a la situación de los trabajadores del Banco señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, pues la interpretación de la Sala se centró en los docentes oficiales y en los regímenes especiales que rigen la relación laboral de estos con el Estado.

c) Concepto 2405 del 5 de febrero de 2019

La Directora (E) del Departamento Administrativo de la Función Pública consultó la opinión de la Sala sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los representantes

del Presidente de la República en las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional.

Al respecto podría indicarse, en primer término, que los criterios expuestos por la Sala se emitieron en el contexto de la consulta formulada y ellos en manera alguna refirieron al Banco de la República, pues es claro que este no es una entidad pública descentralizada de la Rama Ejecutiva, como la ha sostenido la Sala en múltiples oportunidades².

En segundo lugar, la Sala alude en detalle al análisis de las normas constitucionales y legales que permiten el ejercicio de funciones públicas por particulares. A este respecto, las afirmaciones de la Sala no pueden extenderse a los trabajadores del Banco de la República señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, pues estos trabajadores no son particulares, sino servidores públicos en los términos del artículo 123 CP, según se explicará más adelante en concordancia con el *régimen legal propio* del Banco.

En cuanto a la interpretación de la Ley 1821, la Sala se remitió a lo sostenido en el Concepto 2326 de 2017, que en lo pertinente ya fue recordado en literal a) de este acápite.

No obstante, como en la presente consulta se afirma que la duda que la motiva «se fundamenta en lo dicho por la Sala en el Concepto 2405 de 2019, en el que al referirse al ámbito de aplicación de la Ley 1821 se utilizó el término ‘servidores públicos’, categoría más amplia que la utilizada en esa ley bajo la locución personas que ‘ejercen función pública’», resulta pertinente manifestar que:

i) La Sala considera que con la remisión que allí se realizó al Concepto 2326 de 2017 se supera la «duda» planteada para la actual consulta, pues es claro que el ámbito de aplicación de la Ley 1821 corresponde a las personas que *desempeñen funciones públicas*.

ii) En el texto del Concepto 2405 se aprecia que los términos «servidores públicos» y personas que desempeñen «función pública» son analizados por la Sala al interpretar el artículo 123 CP, así:

Como se infiere de estas normas, la Constitución Política distingue claramente entre los cargos o empleos públicos, las personas naturales que los ejercen (servidores públicos) y las funciones públicas, conceptos que, aun cuando están íntimamente relacionados, no corresponden a la misma idea ni pueden considerarse como sinónimos.

Es claro, entonces, que mientras no puede existir un cargo público que no tenga funciones asignadas previamente en la Constitución, en la ley o en los reglamentos, sí pueden existir funciones públicas que no estén atribuidas a un determinado cargo o empleo, como sucede, entre otros casos, con las funciones que corresponden al Estado, en general, o a una entidad pública, en particular, cuando la entidad que ha de cumplir tales funciones no ha sido creada, o los cargos respectivos en la misma no han sido establecidos todavía; y también, cuando tales funciones son cumplidas por particulares en forma ocasional o transitoria.

En esa medida, mientras que puede afirmarse que un notario, un registrador y otros servidores públicos o particulares tienen y ejercen ciertos *cargos*, no puede sostenerse válidamente que un árbitro, un jurado de votación, un secuestre o un interventor de un contrato estatal tengan *un cargo*, ya sea público o privado, pues

² Entre otros, Conceptos 2142 de 2013 y 2330 de 2017.

simplemente son personas privadas que ejercen transitoriamente una función pública.

Ahora bien, como el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016 establece, como efecto o consecuencia jurídica para las personas que desempeñen funciones públicas y lleguen a la edad de setenta (70) años, la de producirse “*el retiro inmediato del cargo que desempeñen*”, al cual, además, no pueden ser “*reintegradas*” posteriormente, es forzoso concluir que tal disposición no puede ser aplicable a los particulares que ejerzan transitoria u ocasionalmente funciones públicas, pues estos no tienen ni desempeñan cargos y tampoco podrían ser reintegrados a estos.

Conforme a lo expuesto, es claro que la Sala en los conceptos 2326 y 2328 de 2017 y 2405 de 2019, no ha analizado la aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los trabajadores del Banco señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, razón que la lleva a plantear el siguiente problema jurídico y la metodología para resolver la consulta formulada en esta ocasión.

2. Planteamiento del problema jurídico y metodología de solución

Conforme a los antecedentes expuestos y a la pregunta formulada a la Sala, el problema jurídico que debe resolver se contrae a establecer si *¿la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a los que refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, quienes están sometidos a un régimen legal propio, de naturaleza especial, el cual no establece una edad de retiro forzoso para tales trabajadores?*

Para resolver, la Sala se referirá a: *i) el régimen legal propio del Banco de la República; ii) la clasificación y régimen aplicable a sus trabajadores, y iii) la Sentencia C – 426 de 2020 de la Corte Constitucional.*

3. Banco de la República: sujeción a un régimen legal propio y especial. Reiteración de la doctrina de la Sala

En oportunidades anteriores la Sala analizó el régimen constitucional y legal previsto para el Banco de la República³. Incluso en el Concepto 2142 de 2013, la Sala resolvió una consulta sobre la edad de retiro forzoso de los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco, aspecto específico que si bien no es el objeto de la presente, los criterios generales allí expuestos resultan relevantes para resolver el problema jurídico que ahora la convoca.

De esta manera, debe recordarse que según el artículo 371 de la Constitución Política (CP), el Banco de la República ejerce las funciones de banca central y está organizado como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un *régimen legal propio*.

Según el artículo 372 de la misma Carta, corresponde al Congreso de la República expedir la ley a la cual debe ceñirse el Banco para el ejercicio de sus funciones y para que el Gobierno expida sus estatutos, en los que se determinará, entre otros aspectos, «*la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el periodo del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades*» (artículos 150-22 y 372, CP. Subraya la Sala).

³ Entre otros, Concepto 2330 de 2017.

Bajo el marco constitucional expuesto se expidió la Ley 31 de 1992⁴, que en el artículo 1 señala que el Banco es una persona jurídica de derecho público, que continuará funcionando como organismo estatal de rango constitucional, con *régimen legal propio, de naturaleza especial*, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, encargado de las funciones de banca central; y, más adelante, el artículo 3 *ibidem* ratifica la especialidad del régimen propio y organización del Banco y remite al derecho privado para todo lo no previsto en él:

Artículo 3o. Régimen Jurídico. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado. (*ibidem*)

Posteriormente, los estatutos del Banco expedidos mediante Decreto 2520 de 1993, con base en lo previsto en los artículos 372 de la CP, y 26⁵ y 27 de la Ley 31 de 1992, regularon lo concerniente al nombre y domicilio de la entidad, sus órganos de administración, su ejercicio contable y estados financieros, el régimen de reservas y utilidades, **el régimen laboral** en lo no previsto en la Ley 31, las inhabilidades e incompatibilidades de los trabajadores del Banco y las funciones de la auditoría.

En este contexto se explica el contenido del artículo 3 del citado Decreto 2520, que, además de reiterar la naturaleza especial del régimen de la entidad, señala expresamente que al banco emisor **no le son aplicables** las normas que rigen la actividad de las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva:

Artículo 3. Régimen jurídico. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirán exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en la Ley 31 de 1992 y en estos Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.

Por su naturaleza propia y especial, su autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y por expreso mandato constitucional que determina la existencia de un régimen legal propio al Banco de la República no le será aplicable el régimen de las entidades descentralizadas, determinado principalmente por los Decretos 1050, 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968, 128 y 130 de 1976 y la Ley 80 de 1993, o por aquellas normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, salvo las excepciones previstas en la Ley 31 de 1992.

El Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, la Ley 31 de 1992 y estos Estatutos. (Subraya la Sala).

⁴ «Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones».

⁵ Artículo 26. Adopción y expedición de los estatutos. El proyecto de los Estatutos del Banco y sus posteriores reformas serán preparados por la Junta Directiva para la revisión y aprobación por el Gobierno. Para estos efectos, el Gobierno expedirá mediante Decreto los Estatutos respectivos y las reformas correspondientes, conforme a la Constitución y la ley.

Como puede deducirse, por expreso mandato constitucional el Banco tiene naturaleza única y especial, que determina la existencia de un *régimen legal propio* y también especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica.

Por ello, en la arquitectura del Estado colombiano, el Banco es de aquellas entidades autónomas a las que se refiere el artículo 113 CP, cuando señala que además de los órganos del Estado que integran las diferentes ramas del poder público, «existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado»⁶.

Al respecto la Sala ha indicado que los organismos constitucionales autónomos como el Banco «*no forman parte de ninguna de las ramas del poder público y por tanto no se les aplica la normatividad general propia de las entidades públicas típicas, sin perjuicio de que el legislador, de manera expresa así lo pueda disponer en materias específicas, siempre que no se comprometa la autonomía constitucional propia de los mismos, lo que, en principio, implica sustraerlos de las normas ordinarias*»⁷.

La exclusividad del *régimen legal propio* del Banco explica el porqué a esta entidad no le será aplicable el régimen previsto para la Rama Ejecutiva del poder público, en particular, el de sus entidades descentralizadas, determinado principalmente por los Decretos Leyes 1050, 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968, 128 y 130 de 1976 y la Ley 80 de 1993, o por aquellas normas que **los modifiquen, adicionen o sustituyan**, salvo las excepciones previstas en la Ley 31 de 1992, como expresamente lo señala el artículo 3 de sus estatutos, arriba transcrito.

En este sentido, y sin perjuicio de lo que la Sala sostendrá en el punto siguiente, es preciso indicar que la Ley 1821 de 2016 derogó los artículos 31 y 29 de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, respectivamente, lo que llevaría a sostener, en principio, que si tales decretos no le eran aplicables al Banco, las normas que los sustituyen, como la Ley 1821, corren la misma suerte por expreso mandato del *régimen legal propio* que rige al Banco, en particular el artículo 3 de sus estatutos.

En consecuencia, tanto la constitución, la Ley 31 y los estatutos del Banco son reiterativos en indicar que dentro del señalado *régimen legal propio* se deberá regular la «forma o determinación de su organización», lo que según la sentencia C – 521 de 1994 incluye los aspectos laborales, pues estos «también hacen parte de la ‘organización’ de una empresa». Es claro también, que el régimen laboral del Banco será de exclusiva aplicación para sus trabajadores y que dado su carácter especial, las normas generales que regulan las relaciones laborales de los servidores públicos no les son aplicables a aquellos, tal como se profundizará a continuación.

4. Naturaleza, clasificación y régimen de los empleados del Banco de la República conforme al *régimen legal propio* y especial

⁶ Sentencia C-354 de 2006; igualmente Sentencia C-827 de 2001: «Como ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, el Banco de la República a partir de las formulaciones constitucionales adoptadas en 1991, es órgano autónomo de aquellos que corresponde a los enunciados en el artículo 113 de la Carta y cuyas funciones y características institucionales y jurídicas, así como los objetivos y funciones de la Junta Directiva, en cuanto autoridad monetaria, se definen, primordialmente, en los artículos 371, 372 y 373 *ibidem*».

⁷ Concepto 1554 de 2004, C.P. Augusto Trejos. Ver igualmente Concepto 581 de 1994. C.P. Javier Henao Hidrón.

4.1. Ley 31 de 1992

Conforme al *régimen legal propio* y especial del Banco, el capítulo V sección primera de la Ley 31 de 1992 establece el «régimen laboral», y en el artículo 38 ibidem se dispone:

Artículo 38. Naturaleza de los empleados del Banco. Las personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las leyes, decretos y contratos vigentes, son trabajadores al servicio de dicha entidad, clasificados en dos categorías, como en seguida se indica:

a) Con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, los demás miembros de la Junta Directiva tienen la calidad de funcionarios públicos de la banca central y su forma de vinculación es de índole administrativa.

El régimen salarial y prestacional de los funcionarios públicos de la banca central será establecido por el Presidente de la República.

b) Los demás trabajadores del Banco continuarán sometidos al régimen laboral propio consagrado en esta ley, en los Estatutos del Banco, en el reglamento interno de trabajo, en la Convención Colectiva, en los contratos de trabajo y en general a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que no contradigan las normas especiales de la presente ley.

Parágrafo 1o. Los pensionados de las diversas entidades oficiales que el Banco de la República administró en virtud de las normas legales y contratos celebrados con el Gobierno Nacional, continuarán sujetándose al régimen laboral correspondiente a ellos aplicado, de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia.

Parágrafo 2o. Las autoridades competentes del Banco no podrán contratar a personas que estén ligadas por vínculo matrimonial o de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, con cualquier funcionario o trabajador del Banco.

En concordancia con lo anterior, el artículo 39 de la Ley 31 prevé:

Artículo 39. Categoría especial. Para los efectos previstos en el Código Sustantivo del Trabajo, todos los funcionarios *y trabajadores*⁸ del Banco de la República, continuarán siendo empleados de confianza.

Para los fines del artículo 56 de la Constitución Política, defínese como servicio público esencial la actividad de banca central.

Se evidencia que en las normas especiales referidas a la organización del Banco, el Legislador previó en un régimen igualmente especial para personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias de esa entidad, denominados por la ley como «empleados del Banco», los cuales clasifica en dos categorías: i) la generalidad de los trabajadores se encuentra sometido a las normas laborales entre particulares y, ii) los «funcionarios públicos de banca central», cuya forma de vinculación es de «índole administrativa».

⁸ «[D]eclárase **EXEQUIBLE** la expresión '*y trabajadores*' del inciso primero del artículo 39 de la ley 31 de 1992, en cuanto la calificación de empleados de confianza recaiga en los funcionarios públicos del Banco de la República, y en los trabajadores que, de conformidad con la ley, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva y los contratos de trabajo, tengan una responsabilidad directiva, o cuyos servicios supongan un alto grado de identificación con el Banco». Sentencia C – 521 de 1994 de la Corte Constitucional. (Mayúsculas y negrilla textual).

Es preciso reiterar que dentro del *régimen legal propio* y especial del Banco se encuentran sus estatutos, a los cuales también están sometidos sus empleados, no solo por lo expresamente señalado en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31, sino por lo dispuesto en el literal f) del artículo 27 *ibidem*, dado que uno de los aspectos que obligatoriamente debe contemplarse en tales estatutos, es el régimen laboral. No sobra recordar que las normas citadas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C -521 de 1994 y que en ellas no se establece una edad de retiro forzoso para los trabajadores del Banco.

4.2. Estatutos del Banco de la República (Decreto 2520 de 1993)

Resultan relevantes para la presente consulta las siguientes disposiciones previstas en el capítulo I del Título IV *ibidem* sobre «régimen laboral»:

Artículo 46. **Naturaleza de los empleados del Banco.** Las personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las leyes, decretos y contratos vigentes, son trabajadores al servicio de dicha entidad, clasificados en dos categorías, como enseguida se indica:

a) Con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, los demás miembros de la Junta Directiva tienen la calidad de funcionarios públicos de la banca central y su forma de vinculación es de índole administrativa.

El régimen salarial y prestacional de los funcionarios públicos de la banca central será establecido por el Presidente de la República;

b) Los demás trabajadores del Banco continuarán sometidos al régimen laboral propio establecido en la Ley 31 de 1992, en estos Estatutos, en el reglamento interno de trabajo, en la Convención Colectiva, en los contratos de trabajo y en general a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que no contradigan las normas especiales de dicha ley y estos Estatutos.

Las relaciones laborales entre el Banco de la República y sus trabajadores continuarán siendo contractuales y rigiéndose por el Código Sustantivo del Trabajo con las modalidades y peculiaridades que se derivan de su carácter de empleados del Banco de la República, que se expresan dentro de las normas que constituyen el Régimen Jurídico del Banco, descrito en los presentes Estatutos[...] (Se subraya)

Por su parte, el artículo 48 de los estatutos dispone:

Artículo 48. **Categoría especial y régimen laboral aplicable.** Para los efectos previstos en el Código Sustantivo del Trabajo, todos los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, continuarán siendo empleados de confianza.

En consecuencia, las prestaciones sociales de dichas personas, y, en general, todas las relaciones jurídicas derivadas del contrato de trabajo se determinarán por las normas del referido Código que no contradigan las normas especiales de la Ley 31 de 1992, estos Estatutos, el Reglamento Interno de Trabajo y la Convención Colectiva, todo ello teniendo en cuenta la categoría especial dada por la Ley 31 de 1992 como trabajadores de confianza, que tendrá incidencia en la aplicación de las normas del Código Sustantivo de Trabajo. A los funcionarios públicos de la Banca Central le serán aplicables las disposiciones especiales que expida para el efecto el Gobierno Nacional.

Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 31 de 1992 a los trabajadores del Banco de la República a que se refiere el literal b) del artículo 46 de estos Estatutos, no les son

aplicables las normas que regulan las relaciones laborales de los demás servidores del Estado. (Se subraya).

Conforme a las normas del *régimen legal propio* y especial del Banco transcritas, la Sala deduce los siguientes aspectos relevantes para resolver la consulta planteada:

- a. **Naturaleza de quienes prestan sus servicios al Banco:** Las personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las normas y contratos vigentes, tienen la naturaleza de *empleados del Banco*;
- b. **Clasificación de los empleados del Banco:** Corresponden a dos categorías claramente identificadas:
 - i) Funcionarios públicos de banca central, en el caso de los miembros de la Junta Directiva del Banco -5 de dedicación exclusiva y el Gerente General-, con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuya forma de vinculación es de «índole administrativa», y
 - ii) los demás trabajadores del Banco, es decir, la generalidad de sus empleados, sujetos al régimen que se expone a continuación.
- c. **Régimen jurídico:** En razón a que la consulta está referida a lo que la Ley 31 de 1992 y los estatutos del Banco catalogan como «demás trabajadores del Banco», es preciso señalar que estos se someterán al *régimen legal propio* de esa entidad, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo y la convención Colectiva, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial del Banco.

Es preciso recordar que los contratos que el Banco celebre, incluidos los de trabajo, se someterán a las normas del derecho privado, por expreso mandato de los artículos 3 y 52⁹ de la Ley 31 de 1992 y 3 y 68¹⁰ de los estatutos.

En consecuencia, a la generalidad de los trabajadores del Banco a los que se refiere el literal b) de los artículos 38 de la Ley 31 y 46 de los Estatutos, no les son aplicables las normas que regulan las relaciones laborales del Estado con sus

⁹ «Artículo 52. Régimen Contractual. Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y, en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito.

El Banco de la República no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada. Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se regirán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio.

Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista.

Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado [...]. (Se subraya).

¹⁰ «Artículo 68. Régimen contractual. [...] Los demás contratos que celebre el Banco de la República de cualquier índole, diferentes a los previstos en estos Estatutos se someterán al derecho privado [...]

«demás servidores», según el claro mandato del artículo 48 de los estatutos del Banco¹¹, en concordancia con el artículo 3 *ibidem*, puesto que, se insiste, todas las relaciones jurídicas derivadas del contrato de trabajo se determinarán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo en tanto no contradigan las normas especiales de la Ley 31 de 1992, los Estatutos, el Reglamento Interno de Trabajo y la Convención Colectiva.

De allí se deduce que se trata de unos trabajadores con categoría especial sometidos a un régimen jurídico especial que los excluye del general aplicable a los demás servidores del Estado.

Esta interpretación es concordante con lo establecido en el artículo 123 CP que define a los servidores públicos, entre otros, como aquellos que tienen una relación de subordinación laboral como «empleados y trabajadores del Estado», de lo cual se sigue que los trabajadores del Banco son «servidores públicos» bajo la categoría genérica prevista en esa norma, pero sometidos al régimen jurídico especial previsto en el *régimen legal propio* que la misma constitución autoriza para el Banco.

Ello explica que los trabajadores del Banco estén excluidos del régimen laboral general aplicable a los demás servidores del Estado, por expreso mandato del artículo 372 CP, que le permite determinar al Banco la forma de su organización, entre ella, los aspectos laborales con sus trabajadores, a quienes somete a un régimen laboral especial desarrollado por la Ley 31 de 1992 y los estatutos del Banco, conforme se ha explicado.

Así lo entendió la Corte Constitucional en la Sentencia C – 341 de 1996:

[d] Si el Banco cumple funciones públicas, sus trabajadores son servidores públicos, que desempeñan actividades de la misma índole, bajo una relación de trabajo subordinada, regida por un contrato de trabajo, conforme a las normas del Código Sustantivo de Trabajo.

No existe impedimento constitucional para que funciones públicas se puedan desempeñar por personas vinculadas a través de contratos de trabajo, sometidos al mismo régimen legal que regula las relaciones laborales entre particulares, como es el caso de los trabajadores del Banco de la República, porque lo relativo al establecimiento del régimen jurídico que gobierna las relaciones del Estado con sus servidores es asunto que corresponde al legislador regular libremente, aunque dentro del marco de los preceptos de la Constitución.

En conclusión, la voluntad del constituyente primario¹² y del legislador¹³ ha sido la *no pertenencia* del Banco de la República a ninguna de las ramas del poder

¹¹ Similares argumentos llevaron a la Sala a concluir en el Concepto 2143 de 2013, que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que fijaba en sesenta y cinco años la edad de retiro forzoso, no era aplicable a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

¹² Véase Informe Ponencia de la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Constitucional 53 del 17 de abril de 1991. Igualmente, ponencia para Primer Debate en Plenaria (Gaceta Constitucional 73 del 14 de mayo de 1991). En esta última se señaló: «La autonomía administrativa y técnica especial dentro de la estructura del Estado, permite establecer que el Banco Central no forme parte de las ramas legislativa, ejecutiva, jurisdiccional, fiscalizadora o electoral del poder público, sino que debe ser un órgano del Estado de naturaleza única, que por razón de las funciones que está llamado a cumplir, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propios, diferentes el común aplicable a las demás entidades públicas o privadas».

¹³ Sobre la no pertenencia del Banco de la República a la rama ejecutiva del poder público, también quedó constancia en las diferentes discusiones surtidas en el Congreso de la República para la expedición de la Ley 31 de 1992; así, en la Ponencia para primer debate en el Senado, se señaló que la Constitución de 1991 ordenaba organizar al Banco Central como un organismo

público, en particular a la Ejecutiva y, por ende, su no sujeción a las normas generales aplicables a ellas, entre las que se destacan las de contenido laboral como son las de los Decretos 2400 y 3074 de 1968, o aquellas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, como es el caso de la Ley 1821 de 2016.

Dado que la Ley 1821 derogó los artículos 31 y 29 de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, relativos a la edad de retiro forzoso, respectivamente, y que las disposiciones generales contenidas en tales decretos no le eran aplicables al Banco, las normas que los sustituyen, como es el caso de la Ley 1821, corren la misma suerte por expreso mandato del régimen constitucional y legal propio y especial que rige al Banco, en particular los artículos 372 CP, y 3 y 48 de sus estatutos.

En consecuencia, la generalidad de los trabajadores del Banco señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, en concordancia con sus estatutos, continuarán sometidos al *régimen legal propio* de esa entidad, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo, a la Convención Colectiva, y a las previstas en el régimen general de seguridad social, incluidas las relativas a la pensión de vejez, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial.

Y dado que ese régimen jurídico especial no contempla una edad de retiro forzoso, ni tampoco es aplicable a dichos trabajadores la Ley 1821 de 2016, estos no pueden acogerse a la opción que estableció el artículo 2 *ibidem*, en el sentido de permitirles permanecer en sus cargos hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, a pesar de haber alcanzado ya los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez.

Por tal razón, en dichos casos, el empleador (el Banco) puede hacer uso de la facultad que le concede el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consistente en solicitar la pensión de jubilación, en nombre del trabajador que haya cumplido los requisitos para su reconocimiento, y, posteriormente, dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, siempre y cuando se haya notificado el acto de reconocimiento pensional e incluido en nómina de pensionados al beneficiario¹⁴.

Expuesto lo anterior, la Sala analizará a continuación la Sentencia C-426 de 2020.

5. Sentencia C-426 de 2020

El 1 de la Ley 1821 de 2016 fue demandado ante la Corte Constitucional por violación a los artículos 371, 372 y 373 CP, que como se ha explicado establecen un *régimen legal propio* y especial para el Banco.

Afirmó la Corte que el Legislador al establecer en la disposición demandada como causal general de retiro forzoso de las funciones públicas a quienes alcancen la edad de 70 años, incluyendo a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la

sujeto a un régimen legal propio que *no formaría parte de la Rama Ejecutiva ni pertenecería la Gobierno Nacional*; por esa misma razón se dijo que «*tampoco podrá organizarse como establecimiento público, empresa industrial o comercial o sociedad de economía mixta. Deberá tener entonces la forma de organización de las bases que la nueva Constitución señala (...)*». (Gaceta del Congreso No.84 del 29 de septiembre de 1993). Véase también la Ponencia para Segundo Debate en el Senado, Gaceta del Congreso 115 del 21 de octubre de 1992.

¹⁴ Según lo aclaró la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003.

República, «desconoce no sólo el régimen especial de dicha entidad y de su Junta Directiva, sino la garantía institucional de su autonomía»:

[E]n efecto, el régimen constitucional especial de la Junta del Banco, desarrollado por el legislador, no incluye como causal de retiro ni de vacancia absoluta de sus miembros el cumplimiento de una determinada edad. Incluso, con el fin de garantizar el régimen constitucional de conformación de la Junta, el legislador estableció que los reemplazos en los casos de vacancia expresamente previstos en el artículo 35 de la Ley 31 de 1992 -en los que no se incluyó la edad de retiro forzoso-, sólo podrán ser nombrados para el resto del período, preservando de esa manera el carácter institucional de los períodos de sus integrantes.

(xiii) Entonces, si bien el legislador es competente para expedir leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su junta directiva, esa función la debe ejercer respetando la configuración específica consagrada en los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política. Este diseño constituye el soporte orgánico que requiere la Banca Central para cumplir los fines y funciones definidos por el constituyente dentro del modelo de Estado Social de Derecho adoptado.

Por tanto, concluye la Sala que la norma demandada desconoce el régimen especial de la Junta Directiva del Banco y la garantía de su autonomía, consagrados en la Constitución Política, al establecer, mediante el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, la edad de retiro forzoso de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República.

En cuanto al análisis de la «falta de razón suficiente» que justifiquen la omisión legislativa, la Corte sostuvo en relación con la norma demandada que: «El fundamento del cambio normativo consistió en que aumentar la edad de retiro significaba un beneficio para quienes ejercen funciones públicas y estaban sometidos a regímenes que fijaban la edad de retiro en 65 años. Sin embargo, el legislador no consideró que dicha extensión generalizada, incluyendo a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República -a pesar del régimen constitucional especial que los cubre-, implicaba una omisión legislativa relativa. En efecto, la Sala observa que en los antecedentes de la ley no se encuentra ninguna consideración sobre si la extensión indiscriminada de ese “beneficio”, podía ser lesiva del régimen especial y de la autonomía del Banco de la República».

Como consecuencia de lo anterior, en la Sentencia C – 426 de 2020 se resolvió declarar exequible el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, «en el entendido de que la edad máxima para el retiro del cargo no es aplicable a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República».

Lo expuesto en la citada sentencia no hace más que ratificar lo sostenido por la Sala en relación con el *régimen legal propio* del Banco, la regulación especial para sus empleados proveniente de ese régimen legal y la inexistencia dentro de ese régimen legal de una edad de retiro forzoso.

6. Conclusiones

- a) Los artículos 371, 372 y 373 CP establecen que el Banco de la República se sujetará a un *régimen legal propio*, el cual incluye la «forma o determinación de su organización», entre ellos los aspectos laborales.
- b) La Ley 31 de 1992 y el Decreto 2520 de 1993 –Estatutos del Banco– desarrollan el *régimen legal propio* aplicable a esa entidad.
- c) La exclusividad del *régimen legal propio* del Banco explica el porqué no le es aplicable el régimen previsto para la Rama Ejecutiva del poder público, en particular, el de sus entidades descentralizadas, determinado principalmente por los Decretos Leyes 1050, 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968, 128 y 130 de 1976 y la Ley 80 de 1993, o por aquellas normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.
- d) Dado que la Ley 1821 de 2016 derogó los artículos 31 y 29 de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, relativos a la edad de retiro forzoso, respectivamente, y que las disposiciones generales contenidas en tales decretos no le eran aplicables al Banco, las normas que los sustituyen, como es el caso de la Ley 1821, corren la misma suerte por expreso mandato del régimen constitucional y legal propio y especial que rige al Banco, en particular los artículos 372 CP, y 3 y 48 de sus estatutos.
- e) En virtud del *régimen legal propio*, a la generalidad de los trabajadores del Banco a los que se refiere el literal b) de los artículos 38 de la Ley 31 y 46 de los Estatutos, no les son aplicables las normas que regulan las relaciones laborales del Estado con sus «demás servidores», según el mandato del artículo 48 de los estatutos del Banco, en concordancia con el artículo 3 *ibidem*. De allí se deduce que se trata de trabajadores con categoría especial sometidos a un régimen jurídico especial que los excluye del general aplicable a los demás servidores del Estado.
- f) La generalidad de los trabajadores del Banco señalados en el literal b) de la Ley 31 de 1992, en concordancia con sus estatutos, continuarán sometidos al *régimen legal propio* de esa entidad, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial.
- g) Dado que ese régimen jurídico propio y especial no contempla una edad de retiro forzoso, ni tampoco es aplicable a dichos trabajadores la Ley 1821 de 2016, estos no pueden acogerse a la opción que estableció el artículo 2 *ibidem*, en el sentido de permitirles permanecer en sus cargos hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, a pesar de haber alcanzado ya los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez.

Por tal razón, en dichos casos, el empleador (el Banco) puede hacer uso de la facultad que le concede el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consistente en solicitar la pensión de jubilación, en nombre del trabajador que haya cumplido los requisitos para su reconocimiento, y, posteriormente, dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, siempre y cuando se haya notificado el acto de reconocimiento pensional e incluido en nómina de pensionados al beneficiario.

Con base en las consideraciones anteriores,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. «¿La Ley 1821 de 2016, 'Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas' es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a que refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992?»

La Ley 1821 de 2016 no es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a los que se refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992.

Estos trabajadores continuarán sometidos al *régimen legal propio* del Banco, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial, el cual no establece una edad de retiro forzoso.

Remítase copia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

JORGE MURGUEITIO CABRERA
Consejero de Estado (e)

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de Sala